

POR DON IVAN DE TAPIA Y VARGAS,

Marido, y conjunta persona de Doña Ysabel de Tapia y Gadea, vna de dos Hijos, y Herederos de Diego de Tapia Gadea su Padre, difuncto, vezino que fue de la Ciudad de Ronda:

CON

EL CONVENTO, Y FRAYLES DE San Francisco de la dicha Ciudad;

PARA

QVE SE REVOQVE, Y ENMIENDE LA sentencia de Vista en esta causa dada, por la qual se confirmò otra de el Theniente Don Francisco Ortiz Cortes, en que mandò hazer remate en bienes de la dicha Doña Ysabel, por la cãtidad pedida por el dicho Conuento.

N.1. AVNQVE El Hecho es muy constante, è innegable; no se puede dexar de proponer aqui, algo de lo que tocante a èl influye en la determinacion del Derecho, y consiste, en que por vna escriptura (juntamente cō sus tres hermanas Doña Ysabel, Doña Beatriz, y Doña Iuana de Tapia Gadea) el dicho Diego de Tapia, fundò, y se obligò en la Clausula, y forma siguiente.

Clausula de la escriptura de fundacion.

2 *Otorgamos por el tenor de la presente, que debemos, y nos obligamos de dar, y pagar al Conuento, y Frayles de señor S. Francisco de esta dicha Ciudad de Ronda, y a su Syndico, q̄ es, o fuere, ciēto y cinquenta y tres reales de a treinta y quatro marauedis cada vno, los quales le pagaremos en cada vn año para siempre jamas, la mitad de ellos el dia del señor San Iuan de este presente año de seiscientos y treze, y la otra mitad el dia de Pasqua de Nauidad fin de el, y assi successiuamente por los dichos dias de San Iuan, y Nauidad para siempre jamas, los quales le debemos, y son por razon, è de la limosna de cinquenta y vna Missas cantadas que el Guardiā y Frailes de el han de tener obligacion de dezir por nosotros, y por nuestros difunctos en cada vn año para siempre jamas, diziendo vna en cada Lunes de cada semana de todas las de el año, &c.*

3 Lo segundo tambien es preciso assentar como despues de esto el dicho Diego de Tapia hizo mejora del quinto de sus bienes a Don Alonso de Tapia su hijo, y por su fin, y muerte se hizo particion de sus bienes entre el dicho D. Alonso de Tapia, y D. Ysabel de Tapia su hermana, muger legitima de D. Iuā de Tapia Vargas, y el mesmo D. Alonso como su coheredero, y tābiē legatario, o donatario de aquel quinto, y auiē doseles adjudicado a cada vno 3.q.402ʊ756. marauedis por las legitimas del dicho Diego de Tapia su padre, parece q̄ demas de esto se le adjudicò al dicho Don Alonso de Tapia, vn quento y quinientas mil marauedises, por razon del vinculo que del quinto de los dichos bienes dexò fundado, è instituido el dicho Diego de Tapia.

4 Esto assi presupuesto, la pretension de Doña Ysabel, es, la reuocacion de las dichas sentencias de Vista, y de el Inferior, fun-

fundada en q̃ ella, y su legitima paterna (que solamẽte le fue adjudicada en la dicha partició) en ninguna manera està obligada a la paga de lo contenido en la obligacion de esta escriptura, suponiendose como indubitable (aunque no le ha faltado animo de negarlo a la parte contraria) que esta obligació fue de causa lucratiua, y solamente pudo afectar al quinto de los bienes del dicho Diego de Tapia, sin poder prejudicar en nada a las legitimas de los dichos sus dos hijos, taliter q̃ desde el instante que se fundò este aniuersario, començò a morder, y defalcar la cantidad del quinto, de la mesma forma, y manera que si el donatario, ò legatario de el (como despues lo fue el dicho Don Alonso, y su vinculo a que fue llamado) fueran indiuidual, y expressamente grauados a pagar este aniuersario al Conuento, id præcisè & inviolabiliter operante, la disposicion de las leyes deste Reyno.28. y.30. de Toro hodie ley.12.y.13.tit.6.lib.5.recopil. que la primera dize, *Que en virtud de las de estos Reynos no pueda el padre, ni madre prejudicar a ninguno de sus hijos, y descendientes, mas de en vn quinto de sus bienes en vida, y en muerte.* Y la otra dize, *Que la cera, Missas, y gastos del enterramiento, se saque con las otras mandas graciosas, del quinto de la hazienda del testador, y no del cuerpo de la hazienda, aunque el testador mande lo cõtrario:* Cuyas palabras parece que no dexan lugar de duda a la determinacion deste pleyto, pues quando las de las leyes son tan claras, esse parece que ha de ser su efecto potissimo, no dexarle a discursos, ni raciocinaciones, que vengan a obrar, vt disputando potius veritas amittatur, quàm admittatur.

3 Todavia insta el Convento (y entendemos que este es el topadero de la dificultad de este pleyto) en que reconoce, que por accion personal, no la tiene contra doña Ysabel: No assi empero hypotecharia, y real, cõtra bienes del dicho Diego de Tapia, ya en fuerça de la expressa de persona y bienes, contenida en la escritura de fundacion que se executa: Ya en fuerça de la tacita, concedida por el Derecho a todos los legados, cuya vez y lugar (como es cierto) ya vienen a confessar que tienen el aniversario de que se trata; y que assi qualesquiera bienes hereditarios que doña Ysabel possea, se hallan afectos con la carga de la paga de el, y consequentemente sujetos a poder inquietar a su posseedor, cumpliendo el acreedor cõcederle las acciones, para que en virtud de ellas,

 y co-

y como mas le convenga, convenga a los herederos, o qualesquiera otros obligados por la acciõ personal; y este (al parecer) es el discurso que ha tenido este pleyto, y se contiene en el tenor de los mesmos autos y sentencias que contra si ha tenido doña Ysabel.

6 Nihilominus tamen, esto no debe perturbar su justicia, in primis, porque no se hallarà que estè intentada accion hypothecaria, la qual aunq̃ se admite por los debitos hypothecarios del difunto contra qualquiera, aunque sea la menor pieça que possea vno de los herederos; non ita tamen, que no se aya, y deba intẽtar por la forma de la hypothecaria; y esta no solo es diversa, sino adversa, y antipoda de la personal que està intentada, y determinada por las sentencias que tiene contra si doña Ysabel, adonde se le pide, y manda que pague, que es la forma de la accion personal. Totum contrarium en la hypothecaria, adonde se le pide y manda que dexe la prenda, o hypotheca para que el acreedor la tenga, y retenga por el derecho de tal, hasta que estè pagado, y satisfecho de su deuda. l. 2. C. si vnus ex pluribus. ibi, *Vt vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant*. Pero que si el posseedor quisiere luirla, y liberarla, y pagar desde luego la cantidad, que se quede desde luego con ella; de adonde naciò la no menos verdadera que elegante doctrina de Baldo, Angelo, Saliceto, Alberico, y todos, in terminis per textum, ibi in dict. l. 2. C. si vnus ex pluribus heredibus quod actio hypothecaria etiam respectu ipsiusmet debitoris principalis, vel ipsius hæredis, nihil habet personalitatis, sed totũ realitatis. Refert, sequitur, & extollit Felicianus de censibus. 2. tom. lib. 2. cap. 1. num. 6. vers. non tamen, & iterum lib. 3. cap. fin. num. 1. vers. quod ego. Y la razon es mas clara que la luz del medio dia, porque quando el deudor principal, o su heredero conveniuntur actione hypothecaria, non conveniũtur, vt debitor, neq; vt heres, sed vt quilibet extraneus possessor, in iure nostro autem: Perpetuum est vt non tam consideretur quis conveniatur, sed vt quis conveniatur, vt probat textus, vbi notat Faber, in rationalibus in l. hæres absens. ff. de iudicijs, y asi como suyo fue tambien todo este discurso de coniecturis, lib. 16. cap. 5. colum. 4. ante finem, & iterum elegantiùs omnino videndus de erroribus decade 63. errore 3. colum. 1.

7 Lo ſegundo, porque à ſæculo non eſt auditũ, que (ſupueſto que la hypothecaria es real, como la reivendicacion) ninguna de las dos ſe intente, ſin individuar la eſpecie en que ſe intente, por la meſma forma que vna, y otra tenian, que començava por eſtas palabras, *Hanc rem*, y eſte articulo, *hic, hæc, hoc*, eſt demonſtrativum viſus ad oculum, vt habetur in. l. 1. ff. de reivendicatione, & in. l. 1. ff. ad exhibendum, & vtrobique, idẽ Faber iñ rationabilis. Planè, ni ſe ha dicho, ni propueſto que doña Yſabel tenga, ni poſſea el dia de oy en eſpecie, bienes algunos heredados de Diego de Tapia ſu padre; conque en eſto aſsi meſmo viene a eſtar defectuoſa de peticion, la accion hypothecaria, y conſequentemente la forma de la cõdenacion de ella, conque entran bien las palabras de Pomponio in. l. ſi ex teſtamento. 20. ff. de exceptione rei iudicatæ in fine, ibi, *Nec obſtaturam exceptionem quod non ſit petitum, quod nec actor petere potuiſſet, nec iudex in iuditio ſenſiſſet.*

8 Lo tercero, porque ſi vn teſtador diſpuſieſſe en ſu teſtamẽto en eſta forma; *Hago de mi herencia cinco partes, è inſtituyo en las dos dellas a Pedro; y en las otras dos a Franciſco, y en la quinta parte a Domingo*, à quo lego centum Ioanni; parece que no ay duda, ni la puede aver, que no podia Iuan pedir coſa alguna en razon de eſte legado, a Franciſco, ſino que ſolamente ſe avia de aver con Domingo, que fue el heredero de la quinta parte individualmẽte gravado a la paga de eſte legado. Aſsi no ſolamente lo prueban (antes lo ſuponen por probado) los textos in lege legatorum petitio. ff. de legatis. 2. & in. l. Turpia. §. fin. ff. de legatis 1. & in l. ſi hæredes. ff. eodem titulo, & in. l. quoties. ff. ad Trebel. cum alijs, latè Gometius variarum tom. 1. cap. 12. nu. 17. Ergo â fortiori, ſi eſto procede (como realmente procede) en el teſtador, que tiene libre diſpoſicion de ſus bienes, y puede gravar, y no gravar a qualquiera de aquellos, a quiẽ honora, ex regula text. in. l. ab eo. C. de fideicommiſſis; con mucho mayor razon ha, y debe proceder en el padre, o aſcendiente, que tiene coartada la poteſtad por la meſma ley, taliterque velit nolit, el heredero del quinto, y en el meſmo quinto, es el nominatim gravado a pagar todas eſtas cargas, dict. l. 30. Tauri, ibi, *Se ſaquen todas las mandas del quinto de la herencia del teſtador, y no del cuerpo de la hazienda, aunque el teſtador mande lo contrario.*

9 Sin q̃ pueda hazer dificultad a esto el dezir q̃ procede solamente en quanto a la accion personal, porque essa sola es la q̃ la ley de las doze tablas dividiò entre los coherederos pro portionibus hęreditarijs, ex l.1.C.de hęreditarijs actionibus. l.1. C. si vnus ex pluribus hæredibus. No assi empero en la acciõ hypotecaria, porq̃ la individuidad de la naturaleza de ella, l. rem hæreditariam. ff. de evictionibus, impide semejante division, y afecta de tal manera los bienes, que por qualquiera, aunque sea pequeña la pieça de ellos, puede muy bien ser convenido, text. apertus in dict. l. 2. C. si vnus ex pluribus, ibi, *Actio quidem personalis inter hæredes pro singulis portionibus quæsita scinditur. Pignoris autem iure multis obligatis rebus, quas diversi possident, cum eius vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur, si possident tenentes non pro numero singularum rerum substantiæ conveniuntur, sed in solidum, vt vel totum debitum reddant, vel eo quod detinent, cedant.*

10 Porque se responde facilmente, que los legatarios en este caso no pueden intentar accion hypothecaria, ni le compete, contra los demas bienes hereditarios de las porciones de los herederos no gravados, ni obligados personalmente a la prestacion de los tales legados, porque en esto la hypothecaria pari passu ambulat, sequitur, & numquam excedit vestigia actionis personalis, text. est in terminis individualibus, y que (con esta calidad, y coartacion, concediò nuevamente la hypohtecaria, o pignoraticia, a los legatarios, o fideicõmissarios, en los bienes del testador legante, o fideicommitente) text. in. l. 1. in fine. C. communia de legatis, ibi, *In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum etiam hypothecaria vnumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit.* Resolvit in terminis individualibus Gometius vbi supra dict. num. 17. ibi, *Secundo extende etiam si conveniantur actione hypothecaria pro rebus defuncti, quia non potest competere nisi pro illa parte pro qua competeret personalis, text. est in. l. 1. vers. fin. C. communia de legati, & quæ Bart. & communiter DD. in d. l. legatorum petitio.*

11 Lo qual se comprueba con vna razon innegable, assi porque qualquiera gravamẽ, o carga, que el testador tratasse de poner a sus descendientes en las quatro partes de su herẽcia, que son su legitima, la mesma ley lo repele ipso iure, y tiene pro non scripto. l. quoniam in prioribus. C. de inofficioso testamento, dict. l. 30. Tauri in verbis proximè relatis. Taliter,

ter; que la legitima respecto de los descendientes, se llama *porcion debita iure naturæ*. l.cum ratio.ff.de bonis damnatorum, cap.Rainaldus de testamentis cum vulgatis, y de tal manera que los padres son deudores a sus descẽdientes, y ellos acreedores de sus ascendientes en esta legitima: Ergo impossibile est, que en ella pudiesse caer hypothecaria introducida por el deudor, en perjuyzio de su acreedor anterior, siẽdo assi, como es, presupuesto irrefragable, de la hypothecaria, el probar ante todas cosas, q̃ el deudor que hypothecò, tenia el dominio de los bienes al tiempo que los hypothecò: vulgaris text. in l.ante omnia. ff.de probationibus, & in l. & quæ non dum.ff.de pignoribus.l.18. tit.13. partit.5. ibi, *Si el demandado dize que aquel que nombrô que se la empeñara, non avia poder de lo fazer, entonce el demandador tenudo es de probar dos cosas; la vna que se la empeñaron; y la otra, que a la sazon del empeñamiento, era aquella cosa suya del que dize que se la empeñò, o que avia poder de se la empeñar*. Ac sub inde, como esto falte en el padre, que ni tiene lo vno, ni lo otro, en los bienes de la legitima de sus hijos, bien queda cõprobado que ni por la personal, ni por la hypothecaria, tiene derecho el legatario, o fideicommissario, mas de contra el heredero del quinto que lo llevò, cõ esse cargo, y gravamen.

Ex quibus parece bien fundada la justicia de doña Ysabel de Tapia Gadea, y que se ha de revocar la sentencia de Vista, juntamente con la del Teniente, y confirmar la de su Acompañado, y assi lo espera. Salvo, &c.